

# EL NUEVO DELITO DE CORRUPCIÓN DE MENORES

María Elena Torres Fernández

Becaria postdoctoral de Derecho Penal. Universidad de Granada

## SUMARIO:

1. Introducción.
2. El delito de corrupción de menores en el antiguo Código penal.
3. Los delitos contra la libertad sexual en el CP de 1995.
4. El delito de corrupción de menores del art. 189.3 de la Ley 11/1999.
5. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

La reforma legislativa llevada a efecto por la **L.O. 11/1999, de 30 de abril, de modificación de Título VIII del Libro II del Código penal** supone un significativo cambio de los delitos contra la libertad sexual propiciado por la intención de subsanar los numerosos defectos que fueron advertidos y denunciados con prontitud y acierto por la doctrina penal, desde el momento mismo de la aprobación del todavía joven Código penal de 1995.

Sobre las deficiencias aludidas en la regulación de los delitos sexuales en CP de 1995, las críticas enseguida se centraron en la desaparición del llamado delito de corrupción de menores, avivadas por la continuada información sobre ciertos casos de la vida judicial, así como la alarma levantada por la escasa pena asignada al delito de abusos sexuales cometidos con abuso de superioridad, tipicidad que servía, en algunos casos, para calificar supuestos que antes encontraban acomodo bajo el delito de corrupción de menores. Sobre este particular, Gimbernat Ordeig llamaba la atención ante la escasa protección dispensada a los menores frente a las conductas de abuso sexual de prevalimiento y castigadas con una pena de multa de seis a doce meses "que por su insignificancia, simplemente clama al cielo". En el comentario, suscitado al hilo de una sentencia que castigaba con tan ínfima pena a un padre que había abusado en reiteradas ocasiones de su hija de doce años, con tocamientos y besos en los órganos genitales, se lamentaba de la supresión del delito de corrupción de menores, como figura delictiva alternativa apta para albergar esa clase de conductas, lo que calificaba como una muestra más de "regulaciones técnica y politicocriminalmente defectuosas". Esa aparente laguna del Código pretendió cubrirse apresuradamente con la introducción, de nuevo, en el Texto punitivo del delito de corrupción de menores materializada en una proposición no de ley aprobada por unanimidad dirigiendo al Gobierno tal petición. No obstante, el mismo autor pone de manifiesto la sinrazón de tal proceder en lo que, a su juicio, constituía "una política legislativa de pon y quita, de quita y pon" (Gimbernat Ordeig, 1997, pp. 15 y 16).

Así las cosas, la recuperación del delito de corrupción de menores parece justificarse en la insuficiente punición que proporciona a ciertas conductas la regulación insatisfactoria de los delitos de abusos sexuales sobre menores de edad, algunas de las cuales antes encontraban sede idónea en el delito de corrupción de menores, desaparecido de la redacción de CP de 1995. Ante este panorama el legislador penal ha optado por "reintroducir el delito de corrupción de menores o incapaces por considerar insuficientes las normas relativas a la prostitución, definiendo auténticamente ambos conceptos" como declara de forma expresa en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/1999.

Esta reforma se enmarca dentro del contexto de una modificación de mayor calado de los delitos contra la libertad sexual, que afecta a la denominación del Título VIII del Libro segundo, pasando a llamarse "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales"; atendiendo así a las consideraciones de un sector de la doctrina, que entiende que en el caso de menores, incapaces o personas privadas de

sentido y por tanto sin plenitud de capacidad para decidir libremente su comportamiento sexual, no cabe hablar de libertad sexual sino de intangibilidad o indemnidad sexual. (Carmona Salgado, 1981, pp. 40, 41 y 43; González Rus, 1982, pp. 280 y ss.). Con esta nueva Ley se altera la redacción y el régimen punitivo de algunas figuras delictivas, con el fin de brindar una tutela penal más eficaz a los menores e incapaces, como sujetos más desprotegidos y vulnerables ante las agresiones de naturaleza sexual y frente a su utilización como objetos de comercio. También se crea una figura de tráfico de inmigrantes para su explotación carnal, destacándose con ello no sólo la lesión de la libertad sexual, sino la grave vulneración de la dignidad humana, reformas que se inscriben todas ellas en la línea de acción marcada por el Consejo de la Comunidad Europea (*vid.* más ampliamente Díez Ripollés, 1998, pp. 17 y ss.).

No obstante, ahora que se ha tipificado de nuevo el delito de corrupción de menores hay que interrogarse sobre cuál es su contenido, qué conductas de castigan en él, cómo se relaciona con los demás preceptos del mismo Título; en definitiva, qué finalidad tiene su incriminación autónoma y qué función viene a cumplir dentro de la regulación de los delitos sexuales, puesto que si no se alcanzan respuestas convincentes para esos interrogantes se corre el riesgo de continuar con una política legislativa guiada no por una necesidad real de protección de bienes jurídicos, proporcionada a la intensidad de los ataques que contra ellos se dirigen, sino por la aleatoria circunstancia de la mayor o menor alarma producida en la opinión pública por algunas resoluciones judiciales divulgadas de manera inexacta o confusa por los medios de comunicación. Encontrar una respuesta a esas cuestiones es el objetivo que se propone este trabajo.

## **2. PRECEDENTES HISTÓRICOS. EL DELITO DE CORRUPCIÓN DE MENORES EN EL ANTIGUO CÓDIGO PENAL**

El delito de corrupción de menores del antiguo Código penal se tipificaba en el art. 452 bis b) 1º con la redacción resultante de la reforma introducida por el art. 14º apartado 2 de la L.O. 3/1989, de 21 de junio, que rebajó la edad del sujeto pasivo de veintitrés a dieciocho años, quedando definida la conducta típica prohibida en el número 1º como: *promover, favorecer o facilitar la prostitución o la corrupción de persona menor de dieciocho años*.

Durante la vigencia del art. 452 bis b) la doctrina se esforzó en caracterizar las conductas constitutivas de corrupción, tarea nada fácil teniendo en cuenta la abstracción de término y sus connotaciones moralizantes, por lo que era posible incluir en él casi cualquier conducta de naturaleza sexual, siempre que afectase a menores de edad. Por otra parte, por aparecer el concepto de corrupción ligado al de prostitución, las definiciones de aquél se han realizado en muchos casos por relación o haciéndolo depender de ésta.

Las interpretaciones doctrinales fueron diversas, así Polaino Navarrete entendió que la corrupción era una modalidad de prostitución, caracterizada por el deterioro de la formación de la personalidad del individuo, por efecto de la sumisión psicológica al ejercicio de la prostitución (Polaino Navarrete, 1993, p. 334.). En la misma línea parecen orientarse los pasos Orts Berenguer cuando definió la corrupción como: "comercio carnal prematuro o precoz, infamante y envilecedor", de lo que se deduce, que en cuanto *comercio carnal*, la corrupción es una clase de prostitución caracterizada por la poca edad del sujeto pasivo (Orts Berenguer, 1990, p. 664; del mismo autor, 1995. p. 304). Semejante criterio consistente en considerar la corrupción una clase o modalidad de prostitución, ha sido sustentado por alguna sentencia una vez desaparecida la mención de la corrupción del art. 187 del CP de 1995, con la idea de evitar la impunidad a la que aparentemente conducía la supresión de ese delito (STS de 9 de junio de 1997. (ar. 4660).

Rodríguez Devesa y Serrano Gómez situaron la corrupción y la prostitución en relación de género y especie, de modo que si bien toda prostitución implica una cierta corrupción, no se da la relación inversa, estando caracterizada la prostitución por la entrega sexual a cambio de precio, al tiempo que definieron la corrupción penalmente relevante como una grave manifestación de la impudicia en una fase previa a la prostitución, caracterizada por una cierta permanencia (Rodríguez Devesa, Serrano Gómez, 1995. pp. 208 y 209). Es ese rasgo, de constituir una fase previa a la prostitución, el que permitía restringir la amplitud ese concepto y orientar la distinción de otras figuras contra la libertad sexual individual, situándose así, en opinión de Octavio de Toledo y Ubieto, la corrupción de menores en sus justos términos, de manera que "los comportamientos objetiva y subjetivamente ajenos a las notas caracterizadoras de la prostitución o, siquiera, de una prostitución ulterior, habrían de haberse

considerado atípicos a los efectos del art. 452 bis b) 1 del Código Penal de 1973" (Octavio de Toledo y Ubieto, 1997, pp. 5).

Para Octavio de Toledo la clave para una correcta interpretación del delito de corrupción de menores, tal y como aparecía descrito en el ACP, residía en la adecuada puesta en relación de las conductas de corrupción y prostitución. Ambas se encontraban en relación de género y especie, siendo ésta la prostitución y el género y la corrupción. No obstante, lo característico de esa clase de relación es que la especie, además de reunir los rasgos que definen al género, cuenta con algún otro que la singulariza, de manera que, el género contará con algunos rasgos comunes a los de la especie y sin que sea posible, caracterizarlo de manera totalmente distinta de aquélla. Es por ello que la corrupción, con ser más amplia que la prostitución, no autorizaba a incluir dentro de su significado, cualquier comportamiento de índole sexual ejecutado sobre un menor, sino sólo *aquellos que tuvieran como fin la subsiguiente prostitución*. Ello se fundamenta en razones históricas, la vinculación latente entre prostitución y corrupción a lo largo de nuestra codificación; sistemáticas, la corrupción se situaba dentro del capítulo de delitos relativos a la prostitución, lo que impedía desvincular ambos conceptos y, también, razones de coherencia interpretativa del Ordenamiento jurídico interno con las normas internacionales. En este sentido, el art. 1 del Convenio de 2 de marzo de 1950 para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena establece el compromiso de las partes, para castigar la conducta de *corromper a una persona con la intención de prostituirla*, de lo que se deducía que no ha de perseguirse cualquier clase de corrupción, sino sólo la encaminada al posterior tráfico carnal (Octavio de Toledo y Ubieto, 1997, pp. 5 y 6).

Una interpretación semejante confería al delito de corrupción de menores un contenido de injusto característico y diferenciable de los demás delitos contra la libertad sexual, evitando su aplicación extensiva a supuestos no comprendidos en él.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no ha sido ajena a la definición de este delito, sin embargo orientó sus pasos en una línea sensiblemente diversa, que pese a considerar prostitución como una especie de la corrupción, ha caracterizado ésta de una manera muy amplia, casi capaz de absorber cualquier otro delito sexual que tenga por destinatario de la acción a un menor de edad y sin tener en cuenta los puntos en común que unen los dos conceptos, situados bajo la rúbrica común de delitos relativos a la prostitución.

En las numerosas ocasiones en las que ha tenido ocasión de aplicar el delito de corrupción de menores, lo ha definido como un delito de mera actividad, de tendencia o de resultado cortado que no precisa que se produzcan los nefastos efectos que la corrupción lleva consigo, bastando que los actos realizados sobre el menor sean aptos para causar la degradación que ese estado implica (SSTS de 17 mayo 1990 (ar. 4142), 12 mayo 1994 (ar. 4046), 11 octubre 1995 (ar. 7223), 19 de diciembre de 1996 (ar. 9008), 19 de mayo de 1997 (ar. 4025), consistiendo tal corrupción en el inicio de una vida sexual prematura, envilecedora y degradante (SSTS de 18 de septiembre de 1996 (ar. 6844), 27 de febrero de 1997 (ar. 1459), 19 de mayo de 1997 (ar. 4025). No precisa una finalidad subjetiva específica consistente en el ánimo de corromper, ni tampoco precisa de fin lucrativo (22 de octubre de 1993 (ar. 6855), de 11 de octubre de 1995 (ar. 7223), 18 de septiembre de 1996 (ar. 6844), 19 de diciembre de 1996 (ar. 9008), 22 de enero de 1997 (ar. 824). La relación entre corrupción y prostitución se define en los términos de género y especie, siendo el concepto más amplio la corrupción, del que la prostitución sería una modalidad (por todas la STS de 27 de febrero de 1997 (ar. 1459).

La nocividad de este delito radica en que al iniciar al menor anticipadamente en el sexo, de manera evidentemente perversa, se impide que quizás cuando alcance la plenitud de su personalidad, pueda optar libremente por lo que su instinto y su libertad le sugieran, de acuerdo también con el instinto y la libertad de la pareja por él pretendida. Con ello se está protegiendo la *futura libertad sexual del menor o bien el proceso de formación de su personalidad*, siendo a tal efecto indiferente el contenido de las conductas sexuales en concreto ejecutadas sobre el menor, al margen de su carácter heterosexual u homosexual y de la valoración social que merezcan. Adentrándose en la conceptualización del bien jurídico protegido, la sentencia de 22 de septiembre de 1993 (ar. 6855) se pronuncia al respecto en los siguientes términos: "la «ratio legis» de tutelar la *indemnidad de la libido en formación* de quienes aún no tienen adquirida su madurez sexual y no poseen una plena capacidad de decisión, evitando que su desarrollo se vea perturbado por la iniciación de prácticas sexuales inadecuadas o impropias de su minoría de edad, que hace que les lleve a la toma de decisiones trascendentes para la vida social y personal cuando aún no han alcanzado todavía la madurez que se

estima necesaria". En esa línea, la sentencia de 30 de septiembre de 1993 (ar. 7019) entiende que es no solamente la libertad sexual de los menores, sino también *"la íntegra o total formación de la persona"* o *"la formación y el normal desarrollo de la vida sexual de aquellos que, por su edad, no han alcanzado la madurez y potenciado el carácter determinante de su personalidad"* como lo define el Auto de 30 de noviembre de 1994 (ar. 9353).

Elemento diferenciador de la corrupción de menores ha sido la habitualidad o reiteración de las conductas sexuales realizadas sobre el menor, de tal forma, que sobre él giraba su delimitación con otras figuras delictivas del Título (Suárez González, 1995. pp. 382 y 383), pese a haber desaparecido dicha característica de la redacción del precepto en la reforma penal de 1963 (SSTS de 27 de febrero de 1996 (ar. 1774), de 12 de junio de 1995 (ar. 4565), de 9 de octubre de 1995 (ar. 7548), de 22 de septiembre de 1993 (ar. 6855), de 26 mayo 1992 (ar. 4490) y de 25 mayo 1992 (ar. 4329). No obstante, en los últimos años se ha impuesto una interpretación del delito que no exige la continuidad de las conductas sexuales degradantes del menor, sino que se centra en la *potencialidad corruptora de las acciones*, difuminándose de ese modo todavía más las fronteras que definían este delito y lo separaban de otros de naturaleza sexual. En esas sentencias se especifica que: "se han de entender incluidos en el tipo no solamente los actos repetidos sino los aislados que por su naturaleza eminentemente grave y por su intensidad puedan «marcar» o producir un impacto en la psiquis del menor susceptibles de permanecer imborrables en su posterior desarrollo (STS de 7 de enero de 1993, ar. 3054). En ese sentido, la STS de 8 de febrero de 1995 (ar. 712), precisando las características de una acción considerada idónea para corromper a un menor, afirma que: "la potencia corruptora de tales actos se mide por su *aptitud para incidir o influenciar en la formación de la personalidad del menor, comprometiendo de futuro su normal desenvolvimiento sexual con enseñanzas procaces y desajustadas a su edad y aptitud mental*". Conviene insistir en que el carácter corruptor reside en aquellas "*«enseñanzas» desviadas de lo que el acto sexual supone en normales circunstancias, habida cuenta también de la edad de la persona sometida a tales actividades*", por la incidencia que la iniciación precoz en la actividad sexual puede tener en la personalidad, así como el condicionamiento que puede suponer en la vida sexual futura de personas que aún no han completado su proceso de formación, al margen del contenido de las prácticas sexuales que en concreto se han efectuado, ya sean consideradas "normales" o "desviadas" conforme a las pautas de comportamiento sexual mayoritarias (Díez Ripollés, 1983, 550).

Definido en esos términos, el contenido del delito de corrupción de menores ha suscitado una compleja problemática concursal con las demás infracciones contra la libertad sexual comprendidas en el mismo título y ha sido el origen de variadas resoluciones que plantean la situación, en unos casos, como un concurso de normas y en otros, como concurso de delitos, partiendo pues de distintos presupuestos, dado que, en los primeros se ha considerado la progresión existente entre las distintas infracciones y la protección de un único bien jurídico, con lo que se ha optado por la solución de aplicar una sola de las normas, mientras que, en los otros, para evitar las consecuencias insatisfactorias a que conduce ese planteamiento en determinados supuestos, se ha optado por el concurso de delitos, sin que en esos casos quede suficientemente clara la lesión de dos bienes jurídicos distintos.

Un primer grupo de casos lo forman los supuestos en los que se aplica el delito de corrupción de menores, por considerarlo ley especial al exigir la repetición de acciones de contenido sexual, desplazando de ese modo la aplicación de los concretos delitos contra la libertad sexual (violación, agresión sexual, estupro), que por haberse cometido aisladamente y en varias ocasiones serían susceptibles de fundamentar un concurso real de delitos, o, en el peor de los casos, por el privilegio que supone para el reo, un delito continuado; supuestos todos ellos en los que la pena resultante sería superior a la del delito de corrupción de menores, constituyendo su aplicación en estos supuestos un privilegio injustificado. Esto es lo que sucede en las SSTS de 18 de septiembre de 1996 (ar. 6844) y 11 de octubre de 1995 (ar. 7223) en las que se condena, en el primer caso, por un delito de corrupción de menores a un sujeto que abusó en reiteradas ocasiones de un niño de trece años consistiendo tales abusos, en la penetración anal del menor en varias ocasiones, siendo la calificación alternativa la de concurso real o en su defecto, delito continuado de estupro, en atención a la edad del menor y partiendo de una concepción amplia del acceso carnal del art. 434 ACP, que, por la igualdad de significado de esa expresión en el delito de violación, alcanza a la penetración vaginal, anal y bucal. (Orts Berenguer, 1990, pp. 648 y 649). Por su parte, en el segundo supuesto se condena por cuatro delitos

de corrupción de menores realizados sobre varias niñas de distintas edades, todas menores de dieciséis años, consistiendo los abusos en la práctica de masajes, tocamientos y la realización del coito en reiteradas ocasiones con cada una de ellas, mientras que la calificación alternativa hubiera sido el correspondiente concurso real de delitos de estupro sumando cada uno de los accesos carnales habidos sobre las menores, realizados con el abuso de superioridad que le proporcionaba la supuesta posesión de poderes curativos sobrenaturales, o en su defecto, un delito continuado de estupro en relación con cada una de las menores con las que realizó el coito en diversas ocasiones, siendo la pena del delito de estupro la de prisión menor, de la que se parte para el cálculo de los supuestos de pluralidad de infracciones o bien de continuidad delictiva.

La línea jurisprudencial contraria, que opta por tratar supuestos de ese carácter por la vía del concurso de infracciones o de la continuidad delictiva se aprecia en las SSTS de 10 de abril de 1997 (ar. 2770), 23 de marzo de 1997 (ar. 1696) y 4 de febrero de 1997 (ar. 693), en las que pese a plantearse la aplicabilidad del delito de corrupción de menores, el tribunal castiga como delito continuado de estupro, en el primer caso, por ocho delitos de violación, en el segundo y delito continuado de agresión sexual no cualificada, en el tercero, pese haber sido solicitada en todos ellos la aplicación de un solo delito de corrupción de menores.

Otro grupo de casos está formado por aquellos en que una única agresión sexual no cualificada sobre el menor de los arts. 430 ó 436 se ha considerado que reúne la aptitud corruptora característica del art. 452 bis b), con lo que la pena prevista por este tipo, de prisión menor en sus grados medio máximo, inhabilitación absoluta, caso de ser autoridad o agente el autor del hecho y multa de 100.000 a 500.000 pesetas, se muestra más grave, y dado que cualquiera de los tipos 430, 436 y 452 bis, desvaloran totalmente el contenido de injusto de la conducta, sería de aplicación preferente el tipo de corrupción por la regla de alternatividad, por ser ese delito el que dispone una pena mayor (SSTS de 8 de febrero de 1995 (ar. 712) y de 19 de mayo de 1997 (ar. 4025)).

No obstante, para evitar el privilegio punitivo que se produce en los supuestos del primer grupo, un sector jurisprudencial ha estimado posible la apreciación de concurso de delitos entre la corrupción de menores y otras infracciones contra la libertad sexual. Para ello hay que tomar como punto de partida la distinta caracterización del bien jurídico del delito de corrupción y el de esos otros delitos.

Así la STS de 20 de abril de 1995 (ar. 2870) afirma que los bienes jurídicos del delito de violación y el de corrupción de menores son distintos y en consecuencia condena por ambos delitos, pero no analiza cuales son esos bienes jurídicos. A continuación, la STS de 21 de abril de 1995 (ar. 3533) sitúa la diferencia en la siguiente apreciación: "*si bien la dinámica delictiva ha sido la misma en los dos delitos, y la diversidad de precepto legal y violado no es factor obstativo de la continuidad delictiva, pero en este caso es muy distinta la trascendencia de las acciones, unas afectan a la indemnidad sexual de la menor y al derecho a exigir seguridad para su futura libertad sexual, y otras constituyen un atentado de presente a su libertad sexual -agresión violenta-*", de lo que parece deducirse que el bien jurídico protegido en los delitos de agresión sexual es la libertad del menor y la indemnidad del proceso de formación sexual lo es en el delito de corrupción. En esa línea la STS de 10 de abril de 1997 (ar. 2770) se plantea la compatibilidad entre el delito continuado de estupro y el de corrupción de menores y afirma la posibilidad de que se apliquen en concurso de infracciones con la siguiente argumentación: "*puede haber violaciones y estupros -aun continuados- no corruptores en el sentido del artículo 452 bis, b).1.º del Código Penal, y a la inversa, se puede promover, favorecer o facilitar la corrupción sexual o la prostitución de una persona sin necesidad de realizar actos carnales con ella (al igual que cabe promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas sin llegar a tocar siquiera la correspondiente sustancia). De otro lado, y en cuanto al momento consumativo, bien puede perfeccionarse una primera violación o un primer estupro sin que todavía se produzca el riesgo real para el desarrollo sexual que constituye la esencia del delito relativo a la prostitución (en el sentido amplio del Código anterior). Una cosa es que la consumación de esta infracción no requiera el efectivo resultado del desvío en la personalidad sexual de la víctima, y otra que sí exija la ejecución de los actos precisos para la creación de ese peligro específico con entidad suficiente para llenar el indicado tipo.*"

Argumentación de la que se deduce que no toda agresión sexual ejecutada sobre un menor tiene que conllevar necesariamente su iniciación sexual precoz, perversa e infamante que es como se define la corrupción. No obstante, parece bastante optimista pensar que una agresión sexual consistente en la penetración de un menor de doce años (violación del ACP) u otro acto de naturaleza sexual digno de

considerarse abuso de art. 430 de ACP, carecen de la entidad lesiva que las hace idóneas para afectar gravemente al proceso de desarrollo sexual del menor y pasen sin dejar huella en él, más aún habida cuenta que la corrupción se define como un delito de resultado cortado, en él que no es precisa la efectiva afectación del desarrollo psicológico del menor.

No obstante, queda por resolver la cuestión fundamental de si el bien jurídico protegido en el delito de corrupción de menores es o no el mismo bien jurídico protegido en los restantes preceptos del Título de delitos contra la libertad sexual. Como se ha visto, la STS de 21 de abril de 1995 (ar. 3533) considera que en los delitos de agresión sexual y violación se protege la libertad sexual presente o actual del menor, mientras que, en el delito de corrupción de menores se afecta a la indemnidad sexual de los menores y a la seguridad para su futura libertad sexual. La diferenciación del bien jurídico que se realiza en esta sentencia es más aparente que real, pues habría que preguntarse: ¿en qué consiste esa libertad sexual presente de los menores?; ¿acaso los menores tienen plena capacidad para decidir libremente su comportamiento sexual?. Es éste el talón de Aquiles de esta distinción, pues habida cuenta que los menores no cuentan con la formación necesaria, por no haber completado aún el proceso de desarrollo de su personalidad, carecen de la capacidad de decisión que implica el ejercicio de su libertad sexual, y en consecuencia aún en el caso de ataques sexuales violentos, no se protege la libertad del menor, sino su indemnidad sexual, o si se prefiere la formación de su libertad sexual futura sin interferencias que vicien su proceso de desarrollo personal. En esa misma línea, la STS de 14 de abril de 1997 (ar. 2807) cifra la lesión de la libertad sexual de los menores en el hecho de que: "han sido víctimas de una actividad precoz cuando su inmadurez no les permite ejercer libremente su sexualidad."

Por todo lo expuesto, como conclusión no puede decirse que el bien jurídico protegido en el delito de corrupción sea distinto del que corresponde a los delitos de violación, agresión sexual o estupro, y con ello se hace francamente difícil sostener la aplicabilidad de la teoría del concurso de delitos entre esas figuras, sobre la base de la lesión de bienes jurídicos distintos, y claro está, sin perjuicio de la posibilidad de que una o varias acciones lesionen varias veces el mismo bien jurídico como sucede en el caso objeto de la STS de 4 de noviembre de 1994 (ar. 8399) que condena a un padre por tres delitos de violación uno consumado y dos frustrados en dos de sus hijas en concurso con dos delitos de corrupción, uno por cada menor, en tanto que a cada hija exhibía fotografías y la obligaba a contemplar los actos realizados con la otra. En ese caso se lesiona dos veces, por cada menor el mismo bien jurídico, indemnidad sexual, una por la violación cometida y otra por la exhibición de las fotografías y de las conductas realizadas sobre la otra niña.

Finalmente, hay que decir que en otros casos la jurisprudencia del TS se muestra dubitativa y adopta decisiones contrarias en supuestos que responden a supuestos sustancialmente semejantes; así ha considerado el delito de corrupción de menores como ley especial y de aplicación preferente a la agresión sexual de prevalimiento del art. 436 ACP en las SSTS de 21 de febrero de 1996 (ar. 1325), 22 de septiembre de 1993 (ar. 6855), 4 de abril de 1993 (ar. 3054), 10 de julio de 1992 (ar. 6669) y 21 de mayo de 1992 (ar. 4252), entendiendo como elemento más específico del tipo de corrupción y que determina su aplicación preferente, la especial potencialidad corruptora de los actos realizados y su incidencia sobre la personalidad de menor; mientras que en la STS de 14 de octubre de 1993 (ar. 7385) estima existente un concurso de delitos entre los de exhibicionismo, abusos deshonestos y la corrupción de menores por unos mismos hechos, sin ofrecer mayor motivación de su decisión.

Su vinculación con la tutela de la pauta moral mayoritaria, la indeterminación de la conducta prohibida, la superposición con otros delitos contra la libertad sexual, el absurdo privilegio a que conducía su aplicación en determinadas circunstancias, así como todas las dificultades interpretativas y aplicativas que generaba la corrupción del art. 452 bis b) ACP determinaron su supresión en la redacción del Código penal vigente, supresión que ha sido, en general, bien recibida por la doctrina penal española (Del Rosal Blasco, 1997; p.178. Carmona Salgado, 1996, p. 347; Morales Prats, García Alberó, 1996, p. 908; Díez Ripollés, 1996. p. 30).

### **3. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN EL CP DE 1995**

Código penal de 1995 acomete una importante remodelación en el título de delitos sexuales, que se inscribe en la evolución de Derecho penal sexual experimentada desde el advenimiento de la democracia, en la línea de destacar como único objeto digno de protección penal dentro del marco valorativo vigente en nuestra sociedad, la libertad sexual, desprendiéndose de las connotaciones

moralizantes existentes en algunos delitos y de la moral sexual mayoritaria como objeto de protección (Sobre ese proceso *vid.* Gimbernat Ordeig, 1990; Prieto Rodríguez, 1991, pp. 119 a 124; Octavio de Toledo y Ubieto, 1997, pp. 1y 2.)

En este sentido, el bien jurídico de los delitos sexuales ha quedado fijado como la libertad sexual individual, claro está, con las debidas matizaciones de ese objeto en relación con determinados grupos de personas: menores, incapaces y personas privadas de conocimiento, respecto de quienes no puede decirse con propiedad que se protege su libertad sexual, por no encontrarse en condiciones de ejercerla, prefiriéndose hablar en esos casos de indemnidad o intangibilidad sexual o, en particular, en el supuesto de los menores, su proceso de formación en orden a su libertad sexual futura o libertad sexual *in fieri* (Morales Prats; García Albero, 1996, p. 873).

En ese contexto hay que situar la desaparición del delito de corrupción de menores con la finalidad de superar trasnochadas concepciones moralizantes del Derecho penal sexual.

No obstante, desaparecido el delito de corrupción de menores, el vacío legal por él creado no es real sino sólo aparente, pues las conductas que durante su vigencia se castigaban en el precepto del art. 452 bis b), encuentran acogida en los nuevos tipos delictivos contra la libertad sexual. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido clara y rotunda al respecto al expresar que: "En efecto, un hecho deja de estar sancionado por una nueva Ley Penal cuando el comportamiento descrito en la Ley derogada no puede ser subsumido en los tipos que contiene la nueva Ley, y no por meras modificaciones en el «nomen iuris» del comportamiento descrito. Del mismo modo, la subsunción en las nuevas leyes penales no está condicionada por el título o capítulo en el que el delito se encontraba en un Código derogado, pues es una operación vinculada a la premisa del tipo penal y no a los criterios de distribución en diferentes partes del Código de los distintos tipos". Por ello se hace necesario conocer la regulación de los delitos contra la libertad sexual en el CP de 1995 y en particular los que tienen como sujeto pasivo a los menores de edad, que eran los "beneficiarios" de la protección que brindaba el antiguo delito de corrupción.

La estructura de los delitos contra la libertad sexual ha sufrido una profunda modificación en la redacción dada al Título VIII del Libro segundo del Código penal, que lejos de significar un mero cambio terminológico, con la sola finalidad de sustituir las arraigadas denominaciones de los delitos de violación y agresión sexual por las novedosas agresiones y abusos sexuales, afecta intensamente al contenido lesivo y la punición de las distintas figuras delictivas (Carmona Salgado, 1996, pp. 301 y 302; Orts Berenguer, 1996, p. 903; Oraá González, 1996, pp. 1346 y 1347).

La principal novedad consiste en la clasificación de los delitos contra la libertad sexual en torno a dos grandes grupos, por un lado, las **agresiones** sexuales del capítulo I, caracterizadas por el empleo de violencia o intimidación dirigida a conseguir la realización de una conducta sexual, y por otro, los **abusos** sexuales del capítulo II, definidos, en cierta medida de manera negativa, por la ausencia de consentimiento, así como de violencia o intimidación, encontrando aquí su sede las acciones de naturaleza sexual cuando se dirigen contra menores o incapaces (art. 181.2).

Ambas clases de delitos, agresiones y abusos, se estructuran sobre un tipo agravado basado en la mayor entidad lesiva de la conducta consistente en la penetración vaginal (acceso carnal), anal o bucal o la introducción de objetos (arts. 179 y 182 respectivamente) y un tipo básico, en el que la conducta se define de manera genérica y por exclusión de las modalidades agravadas, como *atentado contra la libertad sexual* (arts. 178 y 181 respectivamente). La descripción de la conducta típica de las modalidades básicas de delitos sexuales ha sido criticada por la falta de precisión del contenido material de la conducta, en tanto que se define como atentado a lo que se considera que es el bien jurídico (González Rus, 1996, p. 323; Carmona Salgado, 1996, pp. 304, 306 y 320; Octavio de Toledo y Ubieto, 1997, p. 2; Morales Prats; García Albero; 1996, p.876). Finalmente se incluyen varios tipos específicos en uno y otro capítulo, uno de agresión sexual superagravado cuando concurren ciertas circunstancias (art. 180), en el capítulo I y otros dos de abusos sexuales de prevalimiento de una situación de superioridad del art. 181.3 y mediante engaño del art. 183, en el capítulo II.

Esta nueva regulación pretende dar un tratamiento diferenciado a supuestos, que a juicio del legislador de 1995, tienen una distinta entidad lesiva de la libertad sexual, castigando más gravemente aquéllos en que por la dinámica comisiva violenta o intimidatoria, la libertad sexual se ve más intensamente atacada y condicionada; que aquéllos otros caracterizados por una falta de consentimiento de la víctima, en los que está ausente la violencia o intimidación, desapareciendo de ese modo la equiparación, mantenida en nuestro derecho histórico, entre la violación en sentido propio

(art. 429.1º ACP) y los supuestos asimilados de falta de consentimiento y menores de doce años, conocidos por ello como «violación presunta» (art. 429. 2 y 3 ACP).

Esta regulación ha recibido una acogida dispar en doctrina. Así para un sector el cambio merece una valoración positiva pues reciben un tratamiento punitivo diverso supuestos que alcanzan una distinta entidad. De esta opinión Orts Berenguer, afirma que "al distinguirse entre agresiones y abusos sexuales se ha conseguido una superior modulación de la responsabilidad en atención a la gravedad del ataque" (Orts Berenguer, 1996, p. 937). En el mismo sentido Del Rosal Blasco, Cancio Meliá, Morales Prats y García Alberó señalan como criterio que separa las agresiones de los abusos la presencia o ausencia de violencia o intimidación, esto es, el medio con el que se condiciona la voluntad de la víctima y con ello "el grado de doblegamiento" de su voluntad (del Rosal Blasco, 1997, p. 162; Cancio Meliá, 1997, pp. 515 y 531; Morales Prats; García Alberó, 1996, p. 874).

La opinión contraria es mantenida por Carmona Salgado para quien no se justifica la diferencia de tratamiento entre las agresiones violentas del capítulo I y las que recaen sobre menores e incapaces, dado que, la especial indefensión en que se encuentran estos sujetos confiere idéntico contenido de injusto a las acciones sexuales sobre ellos ejecutadas, aun cuando no haya mediado violencia ni intimidación para su ejecución, por lo que, a su juicio, no tiene sentido la ruptura de la tradición de nuestro Derecho penal histórico (Carmona Salgado, 1996. pp. 322 y 323). Y en el mismo sentido Octavio de Toledo y Ubieto destaca que cuando los comportamientos sexuales se realicen sobre niños, no será necesario el empleo de violencia o intimidación y advierte el agravio comparativo que implica su calificación como abusos agravados del art. 182 frente a la pena que corresponde a la agresión sexual agravada por la concurrencia de alguna de las circunstancias del art. 180 (Octavio de Toledo y Ubieto, 1996. pp. 608 y 609).

Con esta regulación el panorama de las acciones sexuales ejecutadas sobre menores quedaba de la siguiente manera:

Se reputa abuso sexual sin consentimiento toda acción de contenido sexual realizada sobre menores de doce años o sobre incapaces, y queda sometida a la pena del párrafo segundo del art. 181.2 CP, de prisión de seis meses a dos años. En este tipo tienen cabida todas las acciones de carácter sexual distintas de las que se mencionan en el tipo agravado del art. 182.

Junto a esas modalidades de abusos sexuales in consentidos se regulan los abusos sexuales acaecidos con abuso de superioridad, castigados con pena de uno a seis años de prisión cuando consistan en las conductas del tipo agravado, art. 182 *in fine* y con pena de multa de seis a doce meses, en los casos del tipo básico 181.3.

Es abuso sexual agravado el consistente en la penetración vaginal, anal o bucal y la introducción de objetos, realizada sin consentimiento, cual es el caso de los menores e incapaces, que se castiga con pena de cuatro a diez años de prisión, art. 182 primer inciso.

No obstante, el Código penal de 1995, con pésima técnica legislativa dispuso la creación de algunos subtipos agravados sobre el tipo de abuso cualificado del art. 182, que determinan la imposición de la pena correspondiente en su mitad superior, basándose en la concurrencia de determinadas circunstancias consistentes en: 1º prevalerse de la relación de parentesco, por ascendiente descendiente o hermano, por naturaleza o adopción de la víctima o 2º que la víctima sea persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, circunstancia esta que no será de aplicación a los supuestos de menores de edad, puesto que su apreciación implicaría una vulneración del principio *ne bis in idem*, dado que, se tendría en cuenta dos veces la minoría de edad, una para reputar el abuso sexual como in consentido (art. 181.2 en relación con el 182) y otra para considerarlo como especialmente vulnerable (182 párrafo 2, 2º) (en ese sentido, la STS de 12 de febrero de 1998 (ar. 432). De igual modo la circunstancia agravatoria 1ª es inaplicable en los supuestos en que el acto sexual se ha conseguido con abuso de superioridad por ser tal característica inherente a las relaciones de parentesco entre la víctima y el ofensor (Carmona Salgado, 1996, p. 324, Cancio Meliá, 1996, p.1631. En particular sobre la circunstancia de parentesco Octavio de Toledo y Ubieto, 1996, p. 612).

Tan defectuosa regulación junto con la escasa pena correspondiente a determinada clase de abusos, en concreto los realizados con prevalimiento de una situación de superioridad del art. 181.3, castigados con la exigua pena de multa de seis a doce meses, hizo saltar la alarma ante la evidente desprotección de los menores frente a esa clase de acciones y dio lugar a manifestaciones como las de la sentencia que sirve a Gimbernat Ordeig de ejemplo para ilustrar la situación surgida tras la



aprobación del CP de 1995, en concreto la STS de 16 de septiembre de 1996 (ar. 6843). Todo ello determinó que en esos momentos la corrupción de menores con una pena de prisión menor en grado medio a máximo, esto es, de dos años y cuatro meses a seis años, apareciese a ojos de la opinión pública, como la solución alternativa, que el legislador de 1995 había despreciado excluyéndola sin más del CP.

El hecho que sirvió de base para esa sentencia es la conducta de un padre que desde enero hasta mayo de 1995 y cada vez con más frecuencia «acariciaba y besaba los senos y los órganos genitales» de una hija suya de 12 años de edad, «llegando incluso en alguna ocasión a introducirle los dedos en éstos». La conducta fue calificada en primera instancia como un delito de corrupción de menores, recurrida la sentencia y una vez en vigor el CP de 1995 se solicitó la aplicación de nuevo Código por ser la norma penal más favorable, en tanto que en él desaparecía la conducta de corrupción. El Tribunal Supremo estimó el recurso y calificó la conducta como un abuso sexual de prevalimiento del art. 181.3 por ser la víctima mayor de doce años y estimar existente la superioridad del autor basada en la relación parental. La condena consistió en una pena de multa de diez meses con una cuota diaria de 1.000 ptas. e inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión y oficio que tenga relación con el trato de menores de edad.

La sentencia en ese caso condenó por un único delito de abuso sexual del art. 181.3 y tratándose esa infracción de un delito de mera actividad y de consumación en el momento en que tiene lugar la conducta de contenido sexual sobre el menor, habría que haber estimado cometidos tantos delitos de abusos sexuales del 181.3 como actos sexuales ejecutados sobre la menor en distintas ocasiones, según las reglas del concurso real. Reglas que determinan la acumulación de sanciones, art. 73, con el límite representado por el triple de la más grave. Suponiendo que en el caso planteado todos los abusos sean constitutivos de igual infracción del art. 181.3 y partiendo de la pena impuesta en la sentencia de diez meses de multa, la pena de tales infracciones en concurso real no hubiera podido superar el límite de los treinta meses de multa, sanción que por su carácter pecuniario, parece inadecuada para delitos en los que se ataca un bien jurídico tan íntimo y personal, incurriendo en la banalización de estos delitos. Como calificación alternativa, que evite tal infamia punitiva, y dado que en la sentencia se declara probada la introducción de los dedos en la vagina de la menor, Octavio de Toledo y Ubieto propuso la de abuso sexual agravado por la introducción de objetos del art. 182, en tanto que de acuerdo con el significado común del término objeto nada obsta para entender por tal los dedos. No obstante, adelantándose a las posibles dudas que pudieran calificar tal proceder como analogía en contra del reo, sugirió también la posibilidad de considerar tal conducta como trato degradante del art. 173 del CP vigente (Octavio de Toledo y Ubieto, 1997, p. 7). En cualquier caso excluye su calificación como un delito de corrupción de menores del ACP, dado que con esos hechos no se sitúa a la menor en un estado previo para la prostitución, que es, a su juicio, lo característico de ese delito.

La escasa sanción prevista en el tipo de abuso de prevalimiento del art. 181.3, la multa de seis a doce meses, determina la imposición de un ínfimo castigo incluso en los supuestos en los que se estima la continuidad delictiva del art. 74 del CP, que implica la imposición de la pena de la infracción más grave en su mitad superior. Eso es lo que sucedió en la STS de 3 de abril de 1998 (ar. 2604) en la que se condenó por un delito continuado de abuso sexual de prevalimiento llevado a efecto sobre varios menores aquejados de cierto retraso mental, imponiéndose una multa de diez meses.

La mínima pena establecida para los abusos de prevalimiento de art. 181.3, no acorde con la gravedad y la naturaleza de la infracción, que conduce a soluciones absolutamente insatisfactorias incluso mediante el recurso a su aplicación por la vía del concurso de infracciones o la del delito continuado, hacía ineludible la intervención del legislador para corregir tal desatino. Octavio de Toledo, con buen sentido, advirtió que si de la situación expuesta "se derivaban fundadas razones para proponer la reforma del art. 181.3 del Código Penal, no se deduce en cambio, fundamento alguno para demandar el regreso al Código de un delito con historial tan lamentable como el de corrupción de menores" (Octavio de Toledo y Ubieto, 1996, p. 7). No obstante, la opinión pública seguía otros derroteros y en ella caló la idea de recuperar el delito de corrupción de menores, en los términos en los que había sido conformado jurisprudencialmente, como la alternativa, para corregir la injusta y deficiente protección de los menores ante esa clase de abusos, que no es precisamente la menos común.

Ante esa situación el legislador de 1999 ha reaccionado con dos medidas: la primera, modificar la consecuencia jurídica prevista para los abusos sexuales del art. 181 que pasa a ser de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses, pena idéntica para cualquiera de las modalidades comprendidas en ese artículo y, la segunda, la recuperación del delito de corrupción de menores dentro del Capítulo V del Título VIII que pasa a llamarse "De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores".

#### **4. EL DELITO DE CORRUPCIÓN DE MENORES DEL ART. 189.3 DE LA LEY 11/1999**

Según la definición auténtica –así la califica la Ley en su Exposición de Motivos– que proporciona el art. 189.3 del CP en su redacción de 30 de abril de 1999, la corrupción de menores consiste en *hacer participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual, que perjudique la evolución o desarrollo de su personalidad* y se castiga con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses.

En primer lugar hay que destacar el cambio de la rúbrica del Capítulo V que, junto a la prostitución, menciona expresamente la corrupción de menores. Este cambio no está exento de consecuencias, puesto que, como ya se ha visto, durante la vigencia del Código penal de 1973 el título en cuestión hablaba sólo de los delitos relativos a la prostitución. Ello permitía una interpretación sistemática de ambos conceptos en el sentido de considerarlos en una relación de género y especie, de manera que, corrupción penalmente relevante sólo sería la dirigida a la posterior prostitución de menor, reduciéndose considerablemente el ámbito típico y situándolo en sus justos términos. Sin embargo, la nueva redacción de la rúbrica, que separa expresamente prostitución de corrupción, abre la vía para dotarlos de una significación autónoma, y con ello, se excluye, o cuando menos se dificulta sensiblemente, la posibilidad de restringir de ese modo la extensión del vocablo corrupción. Si a ello se añade la amplitud con la que se describe la conducta y la ausencia de cualquier elemento típico que vincule la corrupción penalmente relevante a la prostitución, se puede decir que la problemática concursal está servida.

Adentrándonos en el contenido del tipo del art. 189.3 comportamientos de naturaleza sexual serán todos los relacionados con el ejercicio de la sexualidad, tanto si se trata de acciones realizadas en pareja, que impliquen un contacto corporal (caricias, tocamientos en zonas erógenas, besos...), como si se trata de acciones sobre el propio cuerpo del menor o incapaz (obligarle a masturbarse). La conducta consiste en hacer participar al menor o incapaz en esa clase de comportamientos, esto es, involucrarlo o incluirlo en la actividad sexual ajena, se entiende que con el fin de obtener con ello complacencia o placer sexual. La dicción legal, que se refiere a hacer participar, parece, a primera vista, querer excluir aquellos comportamientos en que el menor actúe sobre el propio cuerpo, dado que participar implica compartir la acción sexual y conllevaría la idea de interacción o contacto entre el sujeto activo y el pasivo. No obstante, la finalidad libidinosa o de obtener placer que guía la acción permite incluir en el ámbito típico las acciones del menor ejecutadas sobre su propio cuerpo, cuando impliquen la obtención de placer del sujeto activo que le obliga a realizarlas.

No hay en cambio ningún dato en el tipo del que se deduzca la necesidad de una reiteración o continuidad de actos potencialmente lesivos para la formación del menor, dato este que pese a no estar expresamente contenido en la redacción del art. 452 bis b) del ACP, servía a un considerable número de sentencias para definir la corrupción y distinguirla de otros delitos. Por ello queda claro que basta un único acto de naturaleza sexual con aptitud para perjudicar la formación de la personalidad para poder estimar existente la figura de corrupción de menores.

Ello nos lleva a interrogarnos si las conductas incluidas en los capítulos I y II del Título VIII, esto es, las agresiones sexuales violentas o intimidatorias de los artículos 178, 179 y 180, o los abusos sexuales de los artículos 181, 182 y 183 son al mismo tiempo comportamientos de naturaleza sexual susceptibles de perjudicar la evolución o desarrollo del menor o incapaz. Evidentemente, los contactos sexuales violentos o intimatorios constitutivos de agresión sexual o los habidos con menores de trece años –dado que es ese el nuevo límite de edad fijado para los abusos– suponen injerencias, algunas de ellas especialmente traumáticas, en el proceso de formación del menor que pueden perjudicarlo considerablemente, y por ello serían acciones comprendidas en el concepto de corrupción del artículo 189.3 del CP en el texto legal de 1999.

Con la recuperación del concepto de corrupción de menores resurgen también los problemas de delimitación con las restantes figuras de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales del Título

VIII, cuestiones que de nuevo han de resolverse partiendo del bien jurídico tutelado en los distintos delitos. De la redacción típica del delito de corrupción se puede deducir que se protege *la evolución o el desarrollo de la personalidad del menor*, no obstante, hay que tener en cuenta que su protección no tiene sentido como un fin en sí misma, sino en orden a garantizar que se complete ese proceso sin interferencias externas que lo vicien y, de ese modo, se asegure la futura libertad de elección en el comportamiento sexual.

Por otra parte, en el artículo 181.1 se tipifica la conducta de abuso sexual como atentar contra la libertad o *indemnidad sexual*, siendo ésta última el objeto jurídico cuando la acción se dirige contra una persona menor o incapaz. Esa indemnidad es empleada como sinónima de intangibilidad sexual, en el sentido de dispensar una especial protección legal a personas que, estando incapacitadas para ejercer la libertad sexual, se encuentran más desamparados que el resto de la comunidad (Carmona Salgado, 1981, p. 43; González Rus, 1982, pp. 280 y ss), lo cual no se diferencia esencialmente del fin de protección perseguido al castigar a quienes perturben el proceso de formación de menores, puesto que con ello se quiere preservar igualmente a personas que todavía no tienen propiamente libertad sexual por carecer de la capacidad necesaria para ejercerla, de lo que se deduce que, no es posible sostener la existencia de dos bienes jurídicos suficientemente diferenciados.

Profundizando en el bien jurídico de los delitos sexuales, cuando la acción tiene por destinatario a menores de edad y que ha sido definido, por unos, como indemnidad o intangibilidad sexual y por otros, como libertad sexual de la que se requiere un ataque potencial, o como libertad sexual *in fieri* o en formación, hay que decir que esa diferente caracterización no entraña una separación radical de pareceres, sino más bien una diferencia de matiz o meramente terminológica. En efecto, la protección penal de los menores frente a acciones de contenido sexual no persigue convertirlos en una suerte de sujetos intangibles o inaccesibles a cualquier manifestación de la sexualidad. La indemnidad sexual de los menores no se justifica como un fin en sí mismo, sino en cuanto medio para asegurar las condiciones básicas para el desarrollo de la personalidad, que permita en el futuro la libertad de elección en materia sexual. La falta de capacidad necesaria para decidir libremente, de la que adolecen los menores, exige que se garantice su formación sin interferencias nocivas en el proceso maduración personal. Por todo ello, es posible considerar que la indemnidad sexual de los menores en cuanto bien jurídico protegido es un requisito necesario de su libertad sexual futura (en este sentido Muñoz Conde, 1996. p.178).

Como consecuencia la relación entre los delitos de abusos sexuales y corrupción de menores es la característica de un concurso aparente de leyes penales, puesto que en ambos preceptos se tutela el mismo bien jurídico, concurso a resolver por el principio de consunción a favor del delito de abusos de 181 CP. Ello sin perjuicio del posible concurso de delitos cuando la misma o distintas acciones infringen más de un precepto, lesionando varias veces el mismo bien jurídico: *v. gr.* ejecutar respectivos abusos sexuales sobre distintos niños que al mismo tiempo son espectadores de los abusos cometidos sobre los otros menores.

Como argumento ilustrativo, que no definitivo, de la solución propuesta puede servir de ejemplo la regulación de esta materia en el Código penal suizo, que dentro del Título XV de hechos penales contra la integridad sexual (Redactado por ley de 21 de junio de 1991), dedica un primer epígrafe a la "puesta en peligro de la evolución de menores de edad", castigando dentro de él, la realización de actividades sexuales sobre menores de dieciséis años, art. 187 y la realización de esas mismas conductas con abuso de alguna de las situaciones de superioridad del art. 188; lo que evidencia que para el legislador suizo el castigo de esas conductas (similares a los abusos sexuales de nuestro CP) se basa en la puesta en peligro de la integridad sexual de los menores y del desarrollo del proceso evolutivo de su personalidad, como un elemento inherente al contenido de injusto de esas acciones.

La solución defendida, consistente en resolver las relaciones del delito de corrupción de menores con los demás delitos contra la libertad sexual como un supuesto de concurso aparente de normas penales, encuentra algún obstáculo en la Exposición de Motivos de la propia Ley, cuando afirma que: "se ha recordado expresamente la necesidad de apreciar concurso real entre los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores y las agresiones o abusos sexuales cometidos concretamente sobre la persona que se encuentra en tan lamentable situación", lo que muestra expresamente la voluntad del legislador de acumular las distintas infracciones contra la libertad sexual. Sin embargo, en la regulación concreta de los delitos, en el artículo 188.5 dedicado a la prostitución incluye una cláusula que recuerda expresamente la aplicabilidad de las reglas del concurso de delitos entre esas

infracciones y las correspondientes agresiones o abusos, y omite un inciso semejante en el delito de corrupción de menores, lo que plantea la duda sobre el tratamiento que haya de darse a las relaciones concursales del delito de corrupción de menores.

La solución de la cuestión suscitada ha de tener en cuenta que, la cláusula del art. 188.5 no aporta ningún criterio adicional al que rige las reglas del concurso de delitos con carácter general, por lo que su aplicación está sujeta al régimen de esa institución establecido en los artículos 73 y 75 a 77 del CP; de ello se deriva que la omisión de una previsión semejante en el art. 189 relativo a la corrupción no impide, por sí sola, la viabilidad de apreciar el concurso de infracciones cuando se cumplan sus requisitos. Por ello, la solución de las relaciones entre corrupción y otros delitos sexuales no está ni mucho menos decidida o determinada por el legislador y en cualquier caso habrá de alcanzarse siguiendo el criterio general para distinguir los supuestos de concurso de normas y concurso de delitos, y que no es otro que la delimitación de bien jurídico protegido en cada tipo y que resulta lesionado por la acción o acciones realizadas.

Dada la caracterización del bien jurídico protegido en el delito de corrupción de menores, como el proceso de formación de los menores de edad, no se diferencia sustancialmente del bien jurídico de las demás infracciones del Título VIII cuando tienen por destinatario a un menor de edad, por lo que no se justifica la aplicación automática del concurso de delitos, sobre la idea de la lesión de distintos bienes jurídicos, pues con ello se estaría infringiendo el principio *ne bis in idem*. Ello sin perjuicio de que la misma acción lesione más de una vez el mismo bien jurídico, como ya se ha advertido antes.

## 5. CONCLUSIONES

La recuperación del delito de corrupción de menores se sitúa en el contexto más amplio de la reforma de los delitos contra la libertad sexual, con la finalidad de ofrecer una mayor protección a los menores e incapaces, ante las muy insatisfactorias consecuencias punitivas que se derivaban de la tipificación de los delitos de abusos sexuales en el Texto legal elaborado en 1995.

La incriminación del delito de corrupción de menores se presentaba como el paliativo de los múltiples defectos apreciables en la regulación de esos delitos y de la escasa punición de los abusos cuando tenían como sujeto pasivo a menores de edad. No obstante, si atenderemos al contenido de la reforma operada en 1999, la corrección de esas disfunciones se produce eficazmente por la sensible elevación de la pena prevista en el tipo básico de abusos sexuales, pena que pasa a ser de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses, única para las distintas clases de abusos que tienen cabida en ese artículo: incontinentes del 181.1, sobre menores o incapaces del 181.2 y de prevalimiento del 181.3. El carácter alternativo de la sanción le proporciona la flexibilidad necesaria para adaptarse a la distinta gravedad de los diversos supuestos, dado que, no es igual un abuso por sorpresa que tiene como destinatario a un adulto de art. 181.1, que un abuso de prevalimiento sobre un menor de edad del 181.3 o sobre un menor de trece años del 181.2.

Además la nueva redacción del tipo de abusos sexuales del artículo 181 prevé una agravación consistente en la aplicación de la pena en su mitad superior, que opera en los supuestos de abusos incontinentes y de prevalimiento de los apartados 2 y 3 si concurren las circunstancias 3ª "que se trate de víctima especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y en todo caso, cuando sea menor de trece años" o 4ª "prevalimiento de relación de superioridad o parentesco" del artículo 180.1. Con ello se pretende establecer una simetría entre el tipo básico de abuso sexual del art. 181 y el agravado por la intensidad de la conducta cuando consista en alguna modalidad de penetración del art. 182, participando su redacción de los defectos de técnica legislativa que ya se advirtieron al analizar esas circunstancias en la regulación de ese tipo en el CP de 1995, y que hacen que su especial efecto agravatorio quede anulado por la imposibilidad de su aplicación ante la inminente quiebra del principio de *ne bis in idem* (Morales Prats; García Alberó, 1996. pp. 896 y 897).

Abundando en la idea de que la corrección del déficit punitivo que registraban los delitos de abusos sexuales se realiza sobre la base de la modificación de la pena prevista para ellos y no tanto sobre la recuperación del delito de corrupción de menores, hay que recordar que los delitos de abusos sexuales son de mera actividad y se consuman en el momento en que se realiza la acción de naturaleza sexual sobre el sujeto pasivo, por lo que es posible y obligado aplicar las reglas del concurso de infracciones, en supuestos en que esas acciones se realicen en reiteradas ocasiones, concurso que será real al acumularse tantos abusos, esto es, tantas infracciones como acciones ejercitadas sobre el menor, o en

los casos en que se estime plausible la aplicación de delito continuado, con las limitaciones que dispone el artículo 74.2 en relación con los delitos contra el honor y contra la libertad sexual, que pese a ser bienes jurídicos personalismos, admiten si se cumplen ciertos criterios legales, la estimación de la continuidad delictiva. De hecho así lo ha entendido el Tribunal Supremo y lo ha aplicado durante la vigencia del CP de 1995 en relación con los delitos de abusos sexuales en sus distintas modalidades (SSTS de 16 de febrero de 1998 (ar. 1740), 4 de marzo de 1998(ar. 1765), 3 de abril de 1998 (ar. 2604), 24 de junio de 1998 (ar. 5696), 30 de noviembre de 1998 (ar. 9683).

Dado el efecto que surte la elevación del marco penal del tipo básico de abusos sexuales y la identidad de bien jurídico tutelado en los arts. 181 y siguientes y el art. 189.3 hay que concluir que, la función que corresponde desempeñar al tipo de corrupción de menores queda limitada por el juego de las reglas del concurso de normas, que desplazarán su aplicabilidad cuando el comportamiento de naturaleza sexual que lo integra y susceptible de afectar al desarrollo de la personalidad del menor, sea su vez constitutivo de alguna de las conductas típicas de los demás delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, lo que por otra parte sucederá siempre o casi siempre dada la amplitud con la que se describe esa conducta, "realizar actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona" art. 181.1, que incluso reclama una interpretación restrictiva, que la sitúe en sus justos términos para evitar el riesgo de penalizar cualquier acto de grosería.

Por las mismas razones expuestas, el delito del art. 189.3 también resultará desplazado por los de agresiones sexuales de los arts. 178 y 179, en relación con el tipo agravado del 180.3º por tratarse el menor de una víctima especialmente vulnerable, cuando la conducta sexual sobre el menor se realice con empleo de violencia o intimidación, puesto que en estos casos, como afirma la STS 9 de febrero de 1998 (ar. 652): "Si en el Código de 1973, en la redacción dada por la L.O. 3/1989, en sus arts. 429 y 430, se daba un tratamiento penal unitario a las penetraciones y agresiones sexuales cometidas con violencia e intimidación, a las verificadas con menores de 12 años, y a las perpetradas con personas privadas de razón y sentido, en el nuevo Código de 1995 se establece un tratamiento penal más grave en los arts. 178, 179 y 180 para las penetraciones y demás atentados contra la libertad sexual realizados con violencia e intimidación, que son denominados agresiones sexuales, y son sancionados con menor severidad, en los arts. 181 y 182, los atentados contra la libertad sexual y las penetraciones perpetradas con menores de 12 años o sobre personas que se hallen privadas de sentido o abusando de su trastorno mental."

Tal dualidad de tipificación introducida por el nuevo Código, no significa que en el caso de atentados contra la libertad sexual de menores de doce años, no deban aplicarse los tipos de las agresiones sexuales, cuando se hubiese empleado violencia o intimidación para llevar a efecto el atentado o la penetración. Efectivamente, si mediara violencia e intimidación en el ataque sexual a menores de 12 años, se aplicarán los tipos de los arts. 178 y 179 del nuevo Código Penal, con la agravante específica además del 180.3.º, referente al caso de especial vulnerabilidad de la víctima, por razón de edad, enfermedad o de su situación." (En el mismo sentido *vid.* las SSTS de 20 de mayo de 1998 (ar. 5001), 22 de mayo de 1998 (ar. 4255)

Hay que advertir que tal solución no está exenta de dificultades técnicas de acuerdo con la regulación establecida en la L.O. 11/1999, dado que la descripción de la conducta típica del delito de agresión sexual del art. 178, basada en el ataque al bien jurídico, se refiere únicamente a atentar contra la libertad sexual, y omite, a diferencia de lo que sucede en el art. 181, toda alusión al otro bien jurídico que se considera que entra en juego cuando se trata de menores de trece años, la indemnidad sexual. Tal omisión no es sino un argumento más para sumarse a las críticas vertidas sobre esa técnica de tipificación de las conductas atentatorias contra la libertad sexual. No obstante, el escollo advertido no impide considerar la solución propuesta como la más correcta desde una perspectiva de justicia material, si se tiene en cuenta tanto la relatividad de la distinción entre libertad e indemnidad sexuales, como el mayor contenido de injusto de la conducta de realizar acciones sexuales sobre un menor de trece años empleando para ello violencia, lo que no puede ser obviado por su calificación automática como abuso en atención a la edad del sujeto pasivo.

Mejor definida parece estar la relación del delito de corrupción con los de exhibicionismo y difusión de pornografía a menores e incapaces, en tanto que, en estos tipos el menor es siempre receptor pasivo de la actividad sexual de otros o de imágenes de contenido sexual (Díez Ripollés, 1982, pp. 412 y 413), y en el de corrupción parece requerirse su intervención activa con un comportamiento sexual un tercero o sobre sí mismo.

Como conclusión, se puede decir, que la introducción del delito de corrupción de menores, en los términos en los que se ha configurado y dada la limitada función que está llamado a desempeñar, no brinda una protección diversa de la que ya recibían los menores en virtud de otros preceptos, por ello se trata de un tipo del que se puede prescindir. Su inclusión en el CP responde no a auténticas necesidades de tutela, sino a la alarma suscitada por la escasa pena atribuida a otros supuestos, defecto punitivo, que una vez corregido, hace innecesario el recurso al impreciso y arcaizante concepto de corrupción de menores, pese al esfuerzo empleado por el legislador en su definición.

### **BIBLIOGRAFÍA:**

- BUENO ARÚS, F. "La reforma del Código penal español, de 1963" *Revista de Estudios Penitenciarios*. nº 162.
- CANCIO MELIÁ, M. "Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual". *La Ley*, Tomo 6, 1996. pp. 1626-1633.
- CANCIO MELIÁ, M. *Comentarios al Código penal*. Madrid, 1997.
- CARMONA SALGADO, C. *Los delitos de abusos deshonestos*. Barcelona, 1981.
- CARMONA SALGADO, C. *Curso de Derecho Penal español*. PE. Vol. I. Madrid, 1996.
- DEL ROSAL BLASCO, B. "Los delitos contra la libertad sexual". *Estudios sobre el nuevo Código penal de 1995*. Valencia, 1997, pp. 157 a 178.
- Díez RIPOLLÉS, J. L. *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*. Barcelona, 1982.
- Díez RIPOLLÉS, J. L. "La reforma del Derecho penal sexual y la Propuesta de 1983". *Documentación Jurídica*. Vol. 1. Nº 37/40, 1983; pp. 445-573.
- Díez RIPOLLÉS, J. L. "Corrupción de menores". *El País*, jueves 28 de noviembre de 1996.
- Díez RIPOLLÉS, J. L. "Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española". *Revista Penal*. Nº 2, julio de 1998, pp. 17-23.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. "Prólogo a la tercera edición del Código penal". *Código penal*. Edit. Tecnos. Madrid, 1997.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. "La mujer y el Código penal español", *Estudios de Derecho penal*. Madrid, 1990. pp. 78-87.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. "La violación: presente y futuro de la regulación legal". *Estudios de Derecho penal*. Madrid, 1990. pp. 88-91.
- GONZÁLEZ RUS, J. J. *La violación en el Código penal español*. Granada, 1982.
- GONZÁLEZ RUS, J. J. "Los delitos contra la libertad sexual en el Código penal de 1995", *CPC*, nº 59, 1996. pp.321-371.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; RUIZ DE GORDEJUELA, L.; RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Códigos penales españoles*. Madrid, 1987.
- MORALES PRATS, F.; GARCÍA ALBERO, R. *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Pamplona, 1996.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal*. PE. Valencia, 1996.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. "Razones y sinrazones para una reforma anunciada". *La Ley*, nº 4320, de lunes 30 de junio de 1997. pp.1-9.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. "Agresión, abuso y acoso sexual en el Código penal de 1995". *Actualidad Penal*. 1996. XXXVI. pp. 597-615.
- ORAÁ GONZÁLEZ, J. "Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas". *La Ley*, D-186. Tomo 3, 1996, pp. 1343 a 1350.
- ORTS BERENGUER, E. *Derecho penal*. PE. Valencia, 1990.
- ORTS BERENGUER, E. *Delitos contra la libertad sexual*. Valencia, 1995.
- ORTS BERENGUER, E. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Vol. I. Valencia, 1996.
- POLAINO NAVARRETE, M. y otros. *Manual de Derecho Penal*. PE. Vol. I. Madrid, 1993.
- PRIETO RODRÍGUEZ, J. I. "La nueva configuración de los delitos contra la libertad sexual: violación y agresiones sexuales". *Actualidad Penal*, 1991, IX. pp. 159-152.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.; SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho penal español*. PE. Madrid, 1995.
- RUIZ VADILLO, E. "Algunas consideraciones sobre el delito de violación tras la reforma de 1989, desde los aspectos sustantivo y procesal, conforme especialmente a la doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo". *Actualidad Penal*, 1990-2, pp. 425-453.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C. *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*. Pamplona, 1995

## **EL NUEVO DELITO DE CORRUPCIÓN DE MENORES**

**RESUMEN:** *La tipificación del delito de corrupción de menores se inscribe en el contexto de una reforma más amplia de los delitos contra la libertad sexual dirigida a ofrecer una mayor protección penal a los sujetos que más indefensos se encuentran ante las agresiones de naturaleza sexual: niños, incapaces e inmigrantes. En este sentido la recuperación del delito de corrupción de menores se ha presentado como la solución para el insuficiente castigo que recibían determinadas conductas ejecutadas sobre menores en el CP de 1995. No obstante, su recuperación resucita una compleja problemática concursal en relación con la delimitación del ámbito típico de ese delito y otras infracciones contra la libertad e indemnidad sexuales.*

**PALABRAS CLAVES:** *Abuso sexual, corrupción, prostitución, menores, agresión sexual, libertad sexual*

**FECHA DE PUBLICACIÓN EN *RECPC*:** agosto de 1999